



CADERNO DE DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Editores-Chefes:

Profa. Dra. Claudia Tannus Gurgel do Amaral

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura

ISSN a Obter

<http://www.seer.unirio.br/index.php/cdpp/>

UMA VISÃO MULTIDISCIPLINAR SOBRE A REGULAÇÃO NO BRASIL

A MULTIDISCIPLINARY VIEW ABOUT REGULATION IN BRAZIL

Giuliano Alves Borges e Silva¹

Ronaldo Viana Serpa²

Resumo: Essa pesquisa tem por objetivo fazer uma análise multidisciplinar do tema regulação sob os aspectos da Administração Pública, Economia e Direito. O tema da regulação ganhou relevância nos estudos acadêmicos após a reforma do Estado em 1995. Esse estudo é um esforço histórico reflexivo sobre a regulação no Brasil. O estudo aponta ainda possíveis distorções, limites e efetividade dentro de cada espectro disciplinar pesquisado. É relatado ainda um breve histórico da evolução dos Estados e da formação do aparato regulatório no Brasil.

Palavras chaves: Estado; Regulação; Administração Pública; Economia e Direito.

Abstract: The aim of this research is to provide a multidisciplinary regulatory analysis within the fields of Public Administration, Economy and Law. The regulation theme has increased relevance in academic studies after the state reform in Brazil in 1995. This article is a reflexive historical effort about regulation in Brazil. The study also highlights possible distortions, limits and effectiveness within each of the subjects researched. In addition of which, a brief history of the evolution of the States and the formation of the regulatory apparatus in Brazil is also given.

Keywords: State; Regulation; Public Administration; Economy and Law.

¹ Prof. Dr. Giuliano Alves Borges e Silva -Programa de Mestrado em Administração (PPGAd) da Universidade Federal Fluminense - UFF (nanoabs@gmail.com)

² Ronaldo Viana Serpa. Mestrando do Programa de Mestrado em Administração (PPGAd) da Universidade Federal Fluminense – UFF (ronaldo.serpa@unirio.br).

Introdução

A regulação econômica é um tema que ganhou uma relevância acentuada a partir da década de 1970, quando diversas nações passaram a rever a forma de atuação do Estado na sociedade. No caso do Brasil, a ampliação do aparato regulatório fez parte da reforma de Estado, durante a década de 1990. A partir daí, de acordo com Peci (2007), pode-se dizer que houve uma intenção de o Estado brasileiro deixar de atuar diretamente na economia para passar a atuar indiretamente, através da regulação jurídica e econômica.

O presente estudo tem por objetivo relatar um pouco do histórico da formação dos Estados, da ampliação do aparato regulatório no Brasil e fazer uma exposição teórica sobre a regulação a partir de três prismas: Administração Pública, Economia e Direito. Nesse sentido, a pesquisa tem o propósito de fazer um paralelo interdisciplinar sobre a abordagem do tema, no intuito de tentar contribuir com a comunidade acadêmica para estudos relacionados à regulação. Além disso, a pesquisa perpassará pela questão da efetividade, dos limites e das distorções nas atuações das agências reguladoras no Brasil. A metodologia desse estudo será meramente bibliográfica, através de livros sobre o tema, tentando diversificar a opinião de vários estudiosos da área.

Em pesquisa na plataforma “Web of Science” foram encontradas 1.819 ocorrências sobre o termo “Regulação no Brasil. Pode-se afirmar a partir disso que o tema está bem difundido na comunidade acadêmica, com uma diversidade e especificidade de assuntos sobre a questão da regulação no Brasil.

1. Breve histórico sobre a evolução dos Estados.

Um estudo sobre regulação necessita, ainda que de forma bem sintética, esboçar um pouco sobre a evolução da formação dos Estados. Hobbes (2014), no capítulo XVII da sua obra prima *Leviatã*, teoriza sobre como se dá a formação de um Estado. De uma forma sintética, pode-se afirmar que na visão hobbesiana, os indivíduos abrem mão de seu direito natural a um ente superior que é chamado de Estado. Assim, eles evitam o constante estado de guerra em que eles viviam na esperança que este Estado seja um mediador dos interesses dos membros que o compõem.

Já John Locke teorizou a formação do Estado em um sentido relativamente parecido com Hobbes. Entretanto, ele colocou uma ênfase maior na defesa da propriedade. Seguem passagens que corroboram essa visão:

(...) O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela. Qualquer número de homens pode fazê-lo, porque não prejudica a liberdade dos demais, que ficam como estavam, livre no estado de natureza. Quando um certo número de homens acordou assim em constituir uma comunidade com o governo, ficam, de fato fazendo parte dela e formando um corpo político, na qual a maioria tem a prerrogativa de agir e resolver por todos. (Locke 2002 p.76)

O maior e principal objetivo, portanto, dos homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, é a preservação da propriedade. De fato, no estado de natureza faltam muitas condições para tanto. Primeiro, falta uma lei estabelecida, firmada, conhecida, recebida e aceita pelo consentimento comum, que defina o que é justo e injusto e a medida comum para resolver as controvérsias entre os homens; e isto porque, apesar da lei da natureza ser clara e inteligível para a razão, os homens desviados que são pelo interesse bem como ignorantes dela pois não a estudam, não podem amiúde reconhecê-la como lei que discipline seus casos particulares. Em segundo lugar, falta um juiz equânime e indiferente com autoridade reconhecida para ajuizar sobre as controvérsias de acordo com a lei estabelecida; sabemos que, nesse estado, todo homem é juiz e executor da lei, e sendo os homens obviamente parciais, a paixão e a vingança podem levá-los a excessos nos casos sem que estejam envolvidos, enquanto a negligência os torna por demais descuidados nos negócios dos outros. Em terceiro lugar, falta quase sempre o poder que sustente a justa sentença, garantindo-lhe a devida execução. Aqueles que ofendem por qualquer ato que considerem injusto, raramente deixarão de sustentar a injustiça pela força, sempre que o puderem. Tal atitude torna facilmente o castigo perigoso e lesivo para os que tentam. (Locke 2002 p.92).

Jean Jacques Rosseau teoriza sobre um contrato social que levaria os homens a viverem em harmonia e em liberdade. Segue uma passagem elucidativa:

Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça, todavia senão a si mesmo e fique tão livre como antes. Tal é o problema fundamental que resolve o contrato social (Rosseau 2002 p.31).

Tem-se a partir daí que, sinteticamente, que a principal razão da formação de um Estado é proteger o homem e seus bens de um estado de natureza permanente que poderia levar inviabilidade à do convívio em comunidade.

Pode-se dizer que dois acontecimentos marcantes foram fundamentais na evolução da conceituação dos Estados modernos. Esses acontecimentos foram a Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos da América. Segundo Lehfeld (2008) esses acontecimentos marcam o chamado Estado Constitucional. Esse Estado vem ser um contraponto do absolutismo que estava em voga na Europa até esses importantes acontecimentos.

Um desdobramento do Estado Constitucional foi o chamado Estado Liberal. Muito influenciado por alguns movimentos políticos e filosóficos, Estados com embasamento liberal foram implantados ao longo da primeira metade do século XIX. Esses regimes eram influenciados na ideologia “laissez faire. Segundo Isaac Benjó:

Historicamente, o Estado-liberal tem acompanhado e favorecido o desenvolvimento da economia capitalista. A intervenção estatal é limitada e são estimuladas a liberdade individual e a regulação “espontânea” da sociedade. É protetor dos direitos individuais e se incumbe do direito, da justiça e de toda a forma de ação e coação legítimas. O desenvolvimento do Estado-liberal, desde meados do século XVIII – impulsionado pela revolução industrial – até o fim do século XIX, é substantivo e predominante no período. (Benjó 1999, p.9)

No final do século XIX, em razão de diversos problemas surgidos na crença da autorregulação do mercado e de problemas advindos da Revolução Industrial, surgiu o marxismo, movimento político-ideológico em contraposição ao liberalismo. No início do século XX, surgiu a União Soviética que tentava ser um modelo de Estado diferente das atuais configurações de Estados liberais até então. Basicamente, o Estado soviético tinha uma economia altamente centralizada, suprimindo-se a liberdade econômica que era ditada por um órgão central de planejamento. Duas passagens de José Paschoal Rossetti ilustram, ainda que de forma simplória, o objetivo do socialismo soviético e como operava o Estado Soviético:

O que os socialistas desejavam explicitamente era a eliminação da propriedade privada dos meios de produção. O móvel predominante da atividade seria o suprimento das necessidades da coletividade e não o lucro, instituição básica do capitalismo. A desigualdade na repartição da riqueza seria sensivelmente atenuada através da eliminação das rendas da propriedade e, segundo acreditavam, “desaparecido o padrão capitalista, o operário trabalharia livremente, em vez de sob uma mão dura e muitas vezes arbitrária da autoridade. (Rossetti 1994, p.344).

(...) Uma vez eliminada a propriedade privada dos meios de produção, caberia ao Estado a tarefa de dirigir centralmente as unidades produtoras. Os organismos de planificação estabeleceriam planos globais e setoriais e cuidariam do controle de sua execução. Os problemas relativos ao investimento, à distribuição regional e setorial dos recursos, à fixação dos objetivos a alcançar, aos sistemas de repartição da renda social, ao estabelecimento da estrutura econômica e ao ritmo da atividade seriam da alçada das agências de planificação. Finalmente, uma vez socializada integralmente a atividade e evitadas as relações concorrenciais entre as unidades de produção, a fixação dos preços constituiria também tarefa da responsabilidade dos organismos estatais. A planificação global da atividade, envolvendo toda a complexa problemática econômica, desde a determinação dos objetivos macroeconômicos a alcançar até a fixação de preços para a diversificada produção interna, deveria ser controlada, em nível superior, por uma Central de Planificação, à qual se subordinavam outros órgãos do sistema nacional de planejamento. (Rossetti 1994, p.345).

Pouco mais de uma década depois da Revolução Russa, em 1929, o mundo passou por uma grande crise econômica que trouxe depressão econômica a muitos Estados. A partir daí, os dogmas do livre mercado e as teorias clássicas da economia, passaram a ser muito contestadas. Foi a partir das ideias de John Maynard Keynes que o modo do o governo de atuar no mercado passou a ganhar uma nova visão. Passou-se a recomendar que o governo atuasse na economia, através do incremento de gastos públicos (sobretudo em obras públicas), a fim de aumentar a demanda agregada da economia e voltar a trazer crescimento econômico. Nos Estados Unidos, o plano econômico New Deal teve forte inspiração na teoria keynesiana e conseguiu sucesso em trazer a economia americana de volta a prosperidade.

O chamado “Welfare State” pode ser classificado como um sistema estatal entre o Estado liberal e o Estado Socialista. Esse modelo de Estado foi observado em muitas nações da Europa durante o século XX. Nas palavras de Lucas de Souza Lehfeld, o Welfare State é definido como:

Um sistema estatal intermediário entre o liberalismo e o marxismo, o Welfare State, ou também chamado de “Estado do Bem-Estar Social”, surgiu com o propósito de amenizar, de um lado, os problemas sociais (p. ex. miséria e desemprego) do pós-guerra e consequentemente o fracasso do Estado Liberal e, de outro, a falta de competitividade e eficiência produtiva em razão da apropriação, por parte do Estado Socialista, dos meios de produção, da propriedade privada e também de seu planejamento econômico burocratizado, que sucumbiu por completo à iniciativa privada e à livre concorrência.(Lehfeld 2008, p.57)

Com a chamada crise dos anos 70 e do modelo keynesiano-fordista, começou a haver uma maior expoência dos chamados teóricos neoliberais. Houve uma mudança na concepção do papel do Estado na economia e diversas nações passaram a diminuir o gasto público, seguindo o receituário recomendado pela ortodoxia econômica, no intuito de trazer maior crescimento econômico. Há duas razões para a chamada crise dos anos 70. Luiz Carlos Bresser Pereira aponta que:

A crise do Estado teve início nos anos 70, mas só nos anos 80 se tornou evidente. Paralelamente ao descontrole fiscal, diversos países passaram a apresentar redução nas taxas de crescimento econômico, aumento do desemprego e elevado índices de inflação. Após várias tentativas de explicação, tornou-se claro afinal que a causa da desaceleração econômica nos países desenvolvidos e dos graves desequilíbrios na América Latina e Leste Europeu era a crise do Estado, que não soubera processar de forma adequada a sobrecarga de demandas a ele dirigidas. A desordem econômica expressava agora a dificuldade do Estado de continuar a administrar as crescentes expectativas em relação à política de bem-estar aplicada com relativo sucesso no pós-guerra. (Mare, 1995 p.10).

Já Frederico José Lustosa da Costa apresenta uma outra visão ao que levou o esgotamento do modelo keynesiano-fordista:

A internacionalização da economia e a mudança no padrão tecnológico alteraram profundamente as formas de produzir, habitar e participar, estabelecendo novas atitudes com relação ao trabalho, à sociabilidade e ao próprio Estado. A indústria, sobretudo a indústria de bens duráveis, emprega cada vez menos gente, transferindo mão de obra para os serviços, que por sua vez também diminuem o número de novos empregos. Só cresce a oferta de vagas no chamado terceiro setor, em geral, criando oportunidades para pessoas que se ocupam de trabalhadores sem trabalho. A lógica de financiamento do welfare state foi minada de tal forma que as políticas social-democratas ainda vigentes, limitadas em seu alcance, parecem

ser mais eficientes em criar condições para indenizar desempregados do que para pagar trabalhadores. (Costa, 2010 p.164).

1. Histórico da regulação no Brasil.

O marco regulatório no Brasil está diretamente ligado ao movimento de reforma do Estado feito na década de 1990. Para explicar a ampliação do aparato regulatório será necessário expor, ainda que de maneira superficial, o que levou o Brasil a criar as agências reguladoras.

Com o advento do movimento neoliberal, aliado com o Consenso de Washington e o Plano Brady (ambos em 1989), O Brasil começou a ter uma política de diminuição da intervenção estatal na economia que foi amplamente praticada desde a era Getúlio Vargas, passando pelos governos militares e presente até na redemocratização. Sobre o Consenso de Washington e o Plano Brady, Lavínia Barros de Castro esclarece que:

Por ocasião de um encontro do Institute for International Economics em Washington, D.C, o economista John Williamson listou uma série de reformas que os países em desenvolvimento deveriam adotar na área econômica para que entrassem em uma trajetória de crescimento auto-sustentado. Esta lista foi intitulada de “Consenso de Washington”, pois o mesmo acreditava ser um conjunto de medidas que a maioria dos economistas ali presentes estava de acordo. Sumariamente, as propostas de Williamsom visavam assegurar a disciplina fiscal e promover ampla liberalização comercial e financeira, além de forte redução do papel do Estado na economia. (Giambiagi et. al. 2005 p. 145).

Já o plano Brady, anunciado em março de 1989, teve como elemento essencial a reestruturação da dívida soberana de 32 países, mediante a troca desta por bônus de emissão do governo do país devedor, que contemplavam abatimento do encargo da dívida (seja sob a forma de redução do seu principal, seja por alívio na carga de juros). Essa renegociação alterou fundamentalmente as condições de liquidez de países signatários, mas a oferta abundante de poupança externa estava condicionada à realização de reformas e de um profundo ajuste fiscal. Na realidade, o Brasil só completou a renegociação do Plano Brady, iniciada em 1992, no ano de 1994 – e isso foi fundamental para a consolidação da estabilização. Sem uma liquidez externa abundante, seria impossível promover a estabilização

durante o primeiro governo Fernando Henrique Cardoso. As chamadas “reformas estruturais”, porém, foram iniciadas anteriormente. (Giambiagi et. al. 2005 p. 145).

Pode-se observar através das passagens acima que havia toda uma conjuntura internacional envolvida no movimento que determinava uma menor intervenção estatal na economia. Havia a crença que para que o país acabasse com a hiperinflação era necessário um ajuste fiscal, além do que o ajuste foi parte de um acordo para que o país tivesse a sua dívida externa renegociada. Nesse sentido, o país passou por uma mudança e visão da forma de atuação do Estado.

Diversos serviços públicos foram privatizados. Uma das razões dessas privatizações era diminuir o déficit fiscal. Como esses serviços públicos privatizados continuavam com a titularidade estatal, era necessária a criação de algum órgão para fiscalizar a concessão desses serviços. É nesse contexto que surgem as agências reguladoras dentro da administração pública no Brasil. Sobre a permanência da titularidade do serviço público nas mãos do Estado, José Afonso da Silva esclarece:

O serviço público é, por natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público. O que, portanto, se tem que destacar aqui e agora é que não cabe titularidade privada nem mesmo sobre os serviços públicos de conteúdo econômico, como são, por exemplo, os referidos no art 21, Incisos XI e XII da Constituição Federal. (Silva 2007 p.801).

Dessa forma, o Brasil passou a delegar muitas de suas responsabilidades de execução de serviços públicos para entes privados, dando ênfase à regulação dessas atividades. Pode-se dizer que o país passou a ter um modelo de Estado Regulador. Paulo César Melo da Cunha traz uma definição do que seria essa nova forma de atuação do Estado:

Surge, afinal, o Estado Regulador, que busca transferir competências de execução desses interesses para a sociedade (organizações sociais e de utilidade pública, por exemplo) e para a iniciativa privada (por meio de privatizações, concessões e terceirizações), ditando as diretrizes para tal execução (regulação). Tecnicamente falando, dentro das tarefas de planejamento, execução e fiscalização (ou controle), ao Estado compete efetivar as prescrições do planejamento e fiscalização, cometendo-se ao particular a execução das atividades de interesse geral ou coletivo. (Cunha, 2003 p.52)

Há que se mencionar a criação das agências reguladoras não foi apenas devido ao intuito de mudar a forma de intervenção do Estado na economia. Havia uma tentativa de

romper o paradigma burocrático dentro da administração pública. Embasado em muitos conceitos da Administração voltada para o mercado, a reforma do Estado de 1995 tentava deixar o Estado mais moderno e flexível. Era a chamada Nova Gestão Pública. Sobre esse assunto Alketa Peci esclarece:

A criação das agências reguladoras está estreitamente relacionada com um duplo movimento: o processo de enxugamento do papel do Estado na economia – ou a reforma de desestatização – e o conjunto de instrumentos de reforma administrativa que visavam à flexibilização da gestão pública, ou a Nova Gestão Pública. Essa dupla dimensão materializa-se na sua própria denominação: “agência” (representa o conjunto de medidas que visam à flexibilização da gestão pública); e “reguladora” (representa o papel do Estado no contexto pós-privatização). (Peci, 2007 p.83).

Atualmente, o Brasil tem 10 agências reguladoras em sua estrutura organizacional (ANEEL, ANATEL, ANP, ANS, ANVISA, ANTT, ANCINE, ANA, ANTAQ e ANAC). E possui diversas espalhadas nos estados (em maior escala) e municípios da federação.

2. Regulação sob o prisma da Administração Pública.

Sob o espectro da Administração Pública, há alguns pontos importantes a se destacar sobre a teoria da regulação. O primeiro deles é que segundo Bagatin (2013) o primeiro aparato regulatório que se tem notícia surgiu nos Estados Unidos no século XIX. Esse aparato tinha como objetivo regular as ferrovias. De acordo com Peci (2007), diferentemente do que ocorreu na Europa e no Brasil no final do século XX, a regulação nos Estados Unidos tinha por objetivo regular a excessiva competição. O caso da aviação área americana ilustra bem isso. Os empresários do setor aéreo pressionaram o governo, temendo competição excessiva em função dos subsídios. O setor rodoviário americano também pressionou o governo por regulação a fim de evitar cortes excessivos de preços dentro do setor, o que poderia ocasionar uma quebra de empresas. A regulação era desejável para manutenção de empregos e empresas no setor. Como foi mencionada no tópico anterior, a regulação no Brasil (e Europa) foi decorrente da chamada “crise do Estado” que gerou um movimento de desestatização de serviços públicos em diversas nações do mundo.

O segundo aspecto que cabe destacar da regulação sob o espectro da Administração Pública é o intuito de afastar a atividade política dos aparatos regulatórios, uma vez que as agências reguladoras têm um caráter eminentemente técnico. Os grandes autores clássicos da Administração Pública idealizaram sobre distinguir a Administração da Política. Woodrow Wilson (Wilson, 1887 como citado em Peci, 2007 p.76) propõe uma clara distinção entre a administração e política: questões administrativas não são questões políticas, embora a política estabeleça as tarefas da administração.

A Administração Pública é definida então como a execução detalhada e sistemática da lei pública. Frank J. Goodnow (Goodnow, 1900 como citado em Peci, 2007 p.76) diferencia as funções da política e administração, definindo-a, respectivamente, como a “expressão da vontade do Estado” e a “execução da vontade do Estado”. Para Goodnow, isso era positivo em função da grande complexidade das condições políticas que a sociedade americana atravessava àquela época. Finalmente, Dwight Waldo (Waldo, 1948 como citado em Peci, 2007 p.77) compartilha o mesmo pensamento que os outros autores clássicos citados. Existem duas partes do processo governamental: decisão e execução; política e administração. Ele ainda ensina que a administração é um campo definido de expertise do qual a política é e deve ser excluída.

O terceiro aspecto que cabe destacar da regulação sob o espectro da Administração Pública é a necessidade de ela ser um órgão eminentemente técnico, com autonomia política e independente para que suas finalidades tenham efetividade. Edson Ronaldo Nascimento elucida essa questão através da seguinte passagem:

A autonomia e a independência das Agências Reguladoras no Brasil caracterizam-se como uma organização colegiada que decide sobre os rumos da agência, pela impossibilidade de exoneração ad nutum, pela autonomia financeira e orçamentária (a principal fonte de receitas são as taxas de fiscalização ou regulação pagas por aqueles que exercem as respectivas atividades econômicas reguladas) e pela independência decisória, que representa o estabelecimento do Conselho Diretor da Agência Reguladora como última instância decisória, haja vista a sua vinculação administrativa a um Ministério. (Nascimento, 2010 p. 301)

É importante destacar que a figura dos órgãos reguladores está inserida desde 1930, a partir da ditadura Vargas. É o que aponta Dutra (2003). Após a reforma do Estado em 1995, diversas agências foram criadas dentro da administração pública. Uma crítica que se faz é que algumas delas não teriam necessariamente um caráter regulatório. Um exemplo claro disso é a

ANCINE (Agência Nacional de Cinema) que tem um viés claramente de fomentador da atividade audiovisual. Esse fato é uma clara distorção da atuação das agências reguladoras no país. Costa (1999) aponta em seu artigo que as agências reguladoras possuem uma vantagem em relação às agências executivas que são a possibilidade de terem receitas próprias, mandato de direção e tabelas próprias de remuneração mais favorável que as outras carreiras dentro da administração pública. Sobre o desvirtuamento das funções da agência reguladora e o caso ANCINE, Alketa Peci ensina que:

O fato é que a proliferação do modelo “agência” em setores que escapam à lógica da reforma regulatória (como cinema) pode ser vista como expressão de uma certa atratividade que este exerce, devido, em parte, às medidas de flexibilização da gestão pública que incorpora. Essas medidas continuam a ser vistas como instrumentos desejáveis e necessários para várias organizações do setor público, mas elas não podem ser reduzidas apenas ao modelo “agência”. Uma associação errada está sendo feita, aquela entre a regulação e flexibilização da ação pública. As agências reguladoras não podem ser consideradas como as únicas formas de intervenção e/ou “boa gestão”. Corre-se o risco de cair no mimetismo em detrimento da reflexão e dos espaços de construção de alternativas inovadoras de gestão pública. (Peci, 2007 p. 87)

Há que se mencionar sobre a uma questão que acaba limitando a atuação das agências reguladoras de uma forma mais adequada: O aparelhamento político. É de senso comum e merece pesquisas mais apuradas para melhor análise sobre o aparelhamento político. O aparelhamento político é uma crítica que tem sido feita sistematicamente pela imprensa (<https://oglobo.globo.com/opiniaio/uso-politico-adultera-agencias-reguladoras-22916042>). O aparelhamento se dá quando dirigentes indicados para os cargos de direção das agências reguladoras são escolhidos por critérios políticos ou partidários. Isso acaba sendo um fator de desvirtuamento da função das agências reguladoras. Maia (2018) relata em sua reportagem algumas constatações relevantes: Segundo a opinião de Gersner Oliveira, Coordenador do grupo de Economia da Infraestrutura e Soluções da FGV, o loteamento político das agências é um dos maiores problemas do país, pois torna a regulação ineficaz, gerando imprevisibilidade e insegurança para investimentos. Na reportagem há ainda a menção de uma pesquisa da FGV de 2016 em que há uma constatação reveladora desse problema. Das 140 agências reguladoras pesquisadas, 34% tinham diretores saídos dos ministérios ou do governo. Apenas 6% são oriundos da iniciativa privada. Um terço dos dirigentes é filiado a partidos políticos (o que é proibido em muitos países).

Atualmente, está em discussão no Senado Federal (desde 2016) um projeto de lei que visa limitar o aparelhamento político nas agências reguladoras. Entretanto, o projeto já foi bastante modificado e não se sabe se quando a lei for aprovada resolverá o problema do loteamento político das agências reguladoras. O atual governo parece estar pouco disposto a garantir a independência e autonomia dos entes regulatórios. Wiziack (2018) relata em sua reportagem que o atual governo estaria disposto a reduzir competências das agências reguladoras e criar formas de destituir dirigentes em pleno mandato. Isso trará uma clara redução da independência dos entes regulatórios, comprometendo muito a efetividade de funcionamento desses órgãos.

Seguramente, a questão do aparelhamento político e interferências indevidas do governo comprometem a efetividade das agências reguladoras. Entretanto há na academia relatos positivos dos entes regulatórios. Simone Henriqueta Cossentin Scholze e Miriam Wimmer relatam sobre a atuação da ANATEL na universalização do telefone celular no país:

É possível afirmar que a ação da agência relativa à universalização tem sido bem-sucedida. De fato, verificou-se notável expansão na oferta de serviços, tanto no que se diz respeito a acessos individuais quanto a terminais de uso público (TUPs), os conhecidos “orelhões”. Recentemente, a agência determinou aos vencedores da licitação para a prestação de serviços de telefonia móvel de terceira geração (3G) o cumprimento de extensos compromissos de atendimento, com o objetivo de assegurar a ampla disseminação da cobertura móvel e das e das tecnologias mais avançadas ao longo de todo o território nacional, modelo inovador que tem despertado a atenção internacional, sobretudo no contexto dos países em desenvolvimento. (Scholze e Wimmer, 2006 p.170).

Outro exemplo de efetividade das agências reguladoras sob o espectro da administração pública é dado por Januário Montone, Ex-Presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS):

As consultas públicas foram outro instrumento desenvolvido para a participação da sociedade com resultados muito expressivos. A regulamentação das consultas exigia que todas as sugestões e questionamentos fossem respondidos, com as respectivas justificativas de aceitação ou rejeição da proposta. As consultas ficavam disponíveis no portal de internet da agência e também todas as informações e justificativas. No período de 2001 a 2003, a ANS colocou 15 temas em consulta pública, a maioria deles resultando em regulamentações específicas.” (Montone, 2009 p.63).

Diversos autores como Jorge Acurso (2009), Marilena Lazzarini (2009) e Luiz Alberto dos Santos (2009) citam a importância e algumas experiências bem-sucedidas da participação da sociedade dentro das estruturas regulatórias. É de grande relevância para a comunidade acadêmica pesquisas de natureza qualitativa e quantitativa para verificar melhor a efetividade dos cidadãos no processo regulatório.

3. A regulação sob o prisma da Economia.

Uma das possíveis razões para a regulação sob o prisma da economia tem por principal objetivo coibir as chamadas “falhas de mercado”. Martins (2014) aponta que até o final da década de 1960, o conceito de falhas de mercado predominou nos estudos sobre a teoria de regulação, sendo apontado como uma das principais causas da regulação em uma determinada atividade econômica. Era necessário gerir as chamadas falhas de mercado. Riani (2016) discrimina as falhas de mercado da seguinte maneira: indivisibilidade do produto, externalidades, custo de produção decrescente e mercados imperfeitos e riscos e incertezas nas ofertas de bens. Seguem as definições de cada falha de mercado:

O conceito de indivisibilidade de produto está diretamente ligado ao conceito de bens públicos. Quando um bem é indivisível, há a impossibilidade de o preço ser estabelecido pelo sistema de mercado. Diz-se então que os bens públicos são não-rivais e não exclusivos. É desejável que o setor público forneça esses bens públicos, ou estimule o setor privado a fazer, através de contratação ou regulação. Edson Ronaldo Nascimento ensina sobre esses conceitos na seguinte passagem:

Os bens públicos caracterizam-se pelo fato de que seu consumo não suscita rivalidade, o que significa que podem ser consumidos por várias pessoas (ao mesmo tempo), sendo que um aumento no número de consumidores não resulta em aumento de custo desses produtos. Além disso, os bens públicos são não exclusivos, que significa que uma pessoa poderá usufruir desse bem sem ter pago por ele. Não existe direito de propriedade bem definido sobre os bens públicos o que demonstra a falta de rivalidade é a característica que melhor os define” (Nascimento, 2005 p. 61).

O conceito de externalidade está ligado há uma ação econômica que gera efeitos indiretos (positivos ou negativos) sobre outros produtores ou consumidores. Uma indústria apesar de gerar desenvolvimento econômico em uma determinada sociedade, pode trazer

externalidade negativa ao poluir um rio, por exemplo. Uma ONG pode gerar externalidades positivas, pois pode gerar benefícios na área onde atua, além de desonerar gastos estatais para o setor onde a ONG atua.

O conceito de custo de produção decrescente e mercados imperfeitos estão relacionados à concentração de mercado que gera sérios prejuízos a coletividade. O avanço tecnológico gera economias de escalas, trazendo decréscimo no custo de produção que acaba gerando uma situação de poucos ofertantes em um determinado mercado. Essas situações de mercados imperfeitos (monopólio, oligopólio e competição monopolística) são indesejáveis para a coletividade por gerar perda de bem-estar econômico.

Por fim, segundo Nascimento (2010), os riscos e incertezas no mercado de bens se referem a um desconhecimento por partes de vendedores e compradores em relação aos riscos de mercado, a inexistência de mobilidade adequada de recursos, incerteza sobre maximização de lucros pelos ofertantes e a escassez de determinados recursos produtivos. Esses fatores geram uma distorção a um equilíbrio de mercado e é desejável uma regulação para minorar esses riscos e incertezas. Exemplos desses riscos e incertezas são: a seleção adversa, a assimetria de informações e o risco moral.

Um exemplo de efetividade dentro da regulação sob o prisma econômico é a atuação regulatória dentro do chamado monopólio natural para gerar uma melhor eficiência no mercado. O monopolista é um “price maker”, ou seja, ele determina o preço de um produto onde ele atua. Isso gera uma ineficiência econômica e perda de bem-estar. De acordo com Benjó (1999) a quantidade ideal de produção, em um monopólio natural, é determinada pela interseção da curva de receita marginal com a de custo marginal. A tarefa do regulador é, basicamente, evitar que a produção fique nesse ponto, pois há prejuízo para os consumidores quando a produção está nesse nível. Ainda segundo Benjó (1999) há quatro tipos para regulação de preços em serviços de utilidade pública: Retorno sobre o investimento, price cap, benchmark regulation e yardstick comparison.

Uma possível distorção na atuação econômica das agências reguladoras é a chamada teoria da captura. A captura das agências reguladoras se dá quando um determinado grupo passa a influir decisivamente na atuação de um determinado agente regulatório. Bagatin (2013) aponta que existem diversas teorias para expor o problema da captura. Indubitavelmente, a falta de independência do agente regulatório é um grande fator para que ele seja capturado.

Um possível limite na área da regulação econômica pode se dar através da teoria Agente X Principal. Como o órgão regulador precisa de informações fidedignas por parte do regulado, sobretudo em relação aos custos, para alcançar uma regulação eficaz (evitando que a produção esteja na interseção da curva de receita marginal com custo marginal), os regulados podem tender a omitir informações para colocar os preços em um nível que não necessariamente gere bem estar econômico. Nesse caso, o agente seria a empresa regulada e o principal o órgão regulador.

Frederico José Lustosa da Costa fornece uma definição da teoria Agente X Principal nas seguintes palavras:

(...) Em toda relação econômica, há um contratante (principal) e um provedor de bens e serviços (agente). Ao contratar um serviço, o principal desconhece o processo de trabalho envolvido na sua realização e os custos, em termos de tempo e dinheiro. (...) Quem contrata um agente espera que ele trabalhe em favor de seus interesses, mas sabe que ele age também visando seu próprio proveito. O problema surge quando existem informações imperfeitas, com relação à forma com que o agente agiu ou deveria ter agido. De fato, em qualquer relação desse tipo, o agente sempre tem informações que o principal não pode conhecer diretamente e a única coisa que ele pode fazer é premiá-lo ou puni-lo. (Costa, 2010 p. 146)

4. Regulação sob o prisma do Direito.

As agências reguladoras são entidades de Direito Público, integrantes da Administração Indireta. Segundo Alexandrino (2006), as agências reguladoras são instituídas sob a forma de autarquia. Devido ao caráter peculiar que necessita o ente regulatório (maior independência e autonomia), as agências reguladoras ganharam na doutrina a alcunha de “autarquia em regime especial” que lhes dá prerrogativas especiais não existentes em outras autarquias.

Segundo Barchet (2008), dentre outras características, as agências reguladoras diferem das autarquias nos seguintes aspectos: modalidade de licitação distinta de outros órgãos (a modalidade consulta só é possível ser feita pelas agências reguladoras federais), autonomia financeira (possibilidade de angariar recursos através de suas atividades), competência normativa sob áreas em que atuam e considerável independência em relação ao Poder Executivo.

Sobre as distorções e limites de atuação das agências reguladoras sob o prisma do Direito, cabe citar um exemplo elucidativo. De acordo com Peci (2006) sabe-se que a formação do aparato regulatório brasileiro teve forte influência do modelo norte-americano. Uma das características das agências reguladoras nos Estados Unidos é a capacidade normativa desses órgãos. Essa capacidade foi dada de forma parcial aos entes regulatórios no Brasil. Uma passagem de Paulo César Melo da Cunha esclarece sobre a capacidade normativa das agências reguladoras no Brasil:

As Agências Reguladoras brasileiras exercem, precipuamente, uma função normativa sobre um determinado setor, explicitando princípios e regras, fazendo executar os comandos por elas emanados e fiscalizando os atos decorrentes das atividades praticadas. Desde já cabe esclarecer que a natureza jurídica das Agências Reguladoras não lhes autoriza a prática de atos regulamentares, como observado da leitura de alguns pronunciamento daqueles que se aplicaram ao estudo e se manifestaram sobre o assunto, eis que o papel da entidade regulatória se limita a editar atos normativos, implementa-los e a fiscalizar sua correta aplicação. (Cunha, 2003 p. 141)

A diferença que há entre o modelo americano em relação ao brasileiro que acaba gerando uma limitação é que não há a possibilidade de se inovar ou criar direitos dentro por uma agência reguladora dentro do ordenamento jurídico nacional. San Tiago Dantas ensina que:

Sempre que um órgão administrativo, autárquico ou não, expede um regulamento sobre matéria já disciplinada em lei, depara-se-nos o problema da perfeita adequação do regulamento ao texto da lei. E isso porque, sendo o regulamento uma simples particularização ou desenvolvimento da lei, a cujo espírito deve incondicional obediência, será ilegal e, portanto, inaplicável, a disposição regulamentar que se puser em oposição ao comando do legislador, seja por contradizê-lo, seja por alargar ou reduzir o âmbito de suas palavras. (Dantas, 1953 como citado em Dutra 2003, p.92).

Uma passagem de Lucas de Souza Lehfeld esclarece a capacidade de se criar direitos e inovar das agências reguladoras no modelo norte-americano:

As *legislative rules* são regulamentos que efetivamente dependem da delegação legislativa às agências, pois têm por objetivo a implementação de uma lei. Podem criar direitos e obrigações até então inexistentes e modificarem situações jurídicas dos agentes submetidos ao campo de atuação da agência dotada dessa competência. Nesse sentido, além de terem força de lei, são regulamentos que vinculam os particulares, bem como outros órgãos da Administração, como tribunais e departamentos governamentais. Devem ser produzidos de acordo com as normas

procedimentais previstas no Administrative Procedural Act (APA). (Lehfeld, 2008 p. 172)

Percebe-se claramente uma limitação do modelo brasileiro em relação ao modelo americano. No Brasil, não há a possibilidade de se inovar dentro da ordem jurídica a partir de uma competência legiferante de um órgão regulador. Esses órgãos somente têm competência de emitir atos normativos, conforme exposto anteriormente. Isso acaba sendo uma limitação também, pois as normas que o agente regulador pode criar não podem criar direitos ou obrigações, sem que uma lei claramente expresse os limites que a agência reguladora pode emitir os regulamentos.

Sobre uma distorção que há na atuação das agências reguladoras em relação ao modelo americano, foi observado que a participação popular no modelo americano está mais difundida e consolidada em relação ao que acontece no Brasil. Alexandre dos Santos Aragão ensina sobre o *Administrative Procedure Act* (APA) no modelo americano:

(...) Deve ser destacado o avanço procedimental a que chegaram com o Administrative Procedure Act – APA de 1946, que assegura a participação dos indivíduos e dos grupos (relacionados com interesses coletivos e difusos) nos processos decisórios das agências, mesmo naqueles que visam à emissão de normas gerais e abstratas. (Aragão, 2003 p.235).

Em relação ao Brasil, foi pesquisada as legislações de todas as agências reguladoras federais. Apenas a ANATEL, ANS e ANVISA preveem em sua legislação a participação de uma espécie de conselho consultivo, compostos por membros de grupos relacionados com interesses difusos e coletivos regulados pela agência para participar de importantes decisões que o órgão possa tomar. Ainda que boa parte das agências tenha implantando a chamada audiência pública, seria mais adequado um órgão permanente dentro da estrutura organizacional das agências reguladoras para garantir uma participação mais efetiva dos envolvidos no processo regulatório. Há um déficit democrático nas agências reguladoras federais, ocasionando uma distorção ao modelo aplicado.

Em relação á efetividade na atuação de agências reguladoras no âmbito do Direito, há diversos relatos na literatura pesquisada da necessidade de se melhorar o controle social sobre às agências reguladoras, a fim de alcançar uma maior efetividade na atuação delas. Lehfeld (2008) propõe formas de controle através da participação cidadã, do Poder Executivo, Legislativo, Ministério Público e Judiciário. Bagatin (2007) relata uma forma de controle

através dos contratos de gestão com as agências reguladoras e Gomes (2007) apresenta algumas contribuições do Tribunal de Contas da União para o sucesso do regime regulatório.

Conclusão

Pesquisar sobre a regulação sobre diversos aspectos traz a percepção da complexidade do assunto. Percebe-se que o chamado Estado regulador é uma tendência na estrutura governamental de diversos países. É importante ter ciência dos aspectos conceituais para melhor entender a transformação que os órgãos governamentais vêm atravessando.

Esse estudo demonstrou, através do referencial teórico utilizado, as questões conceituais e aspectos históricos evolutivos mais relevantes sobre a regulação dentro dos temas abordados (Administração Pública, Economia e Direito). Algumas questões relevantes e atuais foram expostas na pesquisa e cabe um maior aprofundamento, sobretudo, na questão do aparelhamento político das agências reguladoras e controle social e participação popular efetiva nas decisões regulatórias.

Bibliografia.

- ARAGÃO, Alexandre dos Santos, **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- BAGATIN, Andreia Cristina, **Captura das Agências Reguladoras**, São Paulo, Saraiva, 2013.
- BARCHET, Gustavo, **Direito Administrativo: Teoria e questões**, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.
- BENJÓ, Isaac, **Fundamentos de Economia de Regulação**, Rio de Janeiro, Thex, 1999.
- COSTA, Frederico Lustosa da; **Reforma do Estado e Contexto Brasileiro: Crítica ao paradigma gerencialista**, Rio de Janeiro, FGV, 2010.
- COSTA, Frederico Lustosa, **Reforma do Estado: restrições e escapismos no funcionamento das “agências autônomas”**, Rio de Janeiro, Revista de Administração Pública 33(2), 191-199, 1999.
- CUNHA, Paulo Cesar Melo da; **Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2003.

- DUTRA, Pedro, Livre **Concorrência e Regulação de Mercados**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003
- GIAMBIAGI, Fabio et. al, **Economia Brasileira Contemporânea**, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.
- HOBBS, Thomas, **Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**, 2 ed, São Paulo, Martin Claret, 2012.
- LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das Agências Reguladoras**, São Paulo, Atlas, 2008.
- LOCKE, John, **Segundo Tratado Sobre o Governo**, São Paulo, Martin Claret, 2002.
- MAIA, Sinclair, **Sem regra clara, agências reguladoras são dominadas por indicação política**, 2018, <https://exame.abril.com.br/brasil/sem-lei-agencias-reguladoras-sao-dominadas-por-indicacoes-politicas/> acesso em 09/09/2019 .
- MARTINS, Paulo Emilio Matos, PIERANTI, Octavio Penna (orgs); **Estado e gestão pública: visões do Brasil contemporâneo**, 2 ed. Rio de Janeiro, FGV. 2006
- MARTINS, Vinicius Alves Portela; **Regulação e Defesa da Concorrência**, Rio de Janeiro, Elsevier, 2014.
- MONTONE, Januário; **Planos de Saúde: passado e futuro**, Rio de Janeiro, Medbook, 2009.
- NASCIMENTO, Edson Ronaldo; **Gestão Pública**, São Paulo, Saraiva, 2010.
- NASCIMENTO, Edson Ronaldo; **Finanças Públicas**, Brasília, Vestcon, 2005.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo; **Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Impetus, 2006.
- PECI, Alketa (org); **Regulação no Brasil**, São Paulo, Atlas, 2007.
- BRASIL, **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado Brasília**, 1995
- PROENÇA, Jair Dias, COSTA, Patrícia Vieira da., MONTAGNER, Paula; **Desafios da Regulação no Brasil**, Brasília, ENAP, 2009.
- RIANI, Flavio; **Economia do Setor Público: Uma abordagem introdutória**, Rio de Janeiro, Gen, 2016.
- ROSSEAU, Jean Jacques; **Do Contrato Social**, São Paulo, Martin Claret, 2002
- ROSSETTI, José Paschoal; **Introdução à Economia**, São Paulo, Atlas, 1994.
- SILVA, Jose Afonso; **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo, Malheiros, 2007.

WIZIACK, Julio, (2018, dezembro 2) **Equipe de Bolsonaro estuda desaparelhar Agências Reguladoras**, 2018, <https://www.valor.com.br/politica/6008943/equipe-de-bolsonaro-estuda-como-desaparelhar-agencias-reguladoras>, acesso em: 09/09/2019